

# La Costituzione

Concetto giuridico ed espressione del  
costituzionalismo

# I punti fermi ...

- È la legge fondamentale dello Stato
- È la legge fondamentale che costituisce **quel particolare** tipo di Stato (imprescindibile il rinvio agli ordinamenti costituzionali positivi)
- Detta le regole della convivenza sociale (diritti) e l'organizzazione dei poteri pubblici.
- È la legge superiore (*lex superior, higher law, fundamental law*) che limita i poteri in favore delle libertà individuali e collettive

# Definiscono la concezione garantista

È La nozione giuridica di costituzione è derivata dal costituzionalismo (rivoluzioni Francese e americana) e frutto del potere costituente:

- 1) Carattere normativo;
- 2) Testo scritto e solenne (formalizzazione come prima forma di garanzia);
- 3) Disciplina della forma di governo (sistema organico di norme giuridiche su cui si basa l'organizzazione degli organi costituzionali);
- 4) Garanzia dei diritti di libertà nei confronti del potere politico;
- 5) Organizzazione del potere ripartita per garantire le libertà fondamentali.

# E, tuttavia, ...

## 1) pluralità delle definizioni offerte dalla letteratura:

- **Una è senso ampio:** è la struttura organizzativa della comunità statale, che assume carattere giuridico in quanto è forma anche frutto di autodisciplina del corpo sociale, che converte la 'forza' in 'potere'. In altri termini, la costituzione in senso giuridico è la disciplina del supremo potere costituito, che trova la propria disciplina nella stessa costituzione (Santi Romano).
- **Una ha un senso più ristretto:** è norma fondamentale sulla produzione giuridica. Le norme che regolano la creazione delle norme giuridiche generali e quelle legislative in particolare. La costituzione è la norma fondamentale, il principio giuridico su cui poggia l'ordinamento costituzionale dello Stato. Dalla costituzione derivano le norme che condizionano la creazione e la validità delle ulteriori norme giuridiche di un dato ordinamento (Kelsen).

# segue

- **Critica:**

**1) entrambe le definizioni sono generiche.** Non consentono di individuare cosa in concreto sia tale disciplina del potere supremo costituito, né quali siano le norme sulla produzione giuridica fondamentale dell'ordinamento. Non consente di individuare cosa sia la c.d. materia costituzionale (quella cioè che la costituzione dovrebbe disciplinare: fonti e organizzazione).

**2) Si risolve in una tautologia:** l'affermazione per la quale la costituzione **individua le norme sulla produzione giuridica** o la **struttura fondamentale dell'assetto organizzativo del potere costituito** significa dire che la costituzione come legge fondamentale pone le norme indispensabili.

# Ancora,

## 2) La seconda difficoltà attiene all'individuazione dei caratteri:

- Ogni costituzione sembra scegliere i propri criteri di individuazione della materia costituzionale. Sono frutto di scelte 'politiche' e non necessariamente comuni a qualsiasi ordinamento
- Meglio rifarsi ai singoli ordinamenti per sapere qual è il contenuto della costituzione.
- Il contenuto va determinato: 1) sulla base della parte formalizzata nel testo costituzionale (**costituzionale formale**); 2) tenendo in considerazione anche i testi scritti diversi dalla costituzione formale (**legislazione di attuazione**), in consuetudini, convenzioni, o generate da modifiche tacite della costituzione (**costituzione reale, vivente, sostanziale**).

# In definitiva

- **Si può replicare che, pur nella varietà dei testi, delle esperienze e del diritto costituzionale vivente, molte costituzioni adottano istituti regole, principi, ecc. che paiono riportabili a concezioni teoriche della costituzione. Per esaminare i testi, dunque, partiamo dalle concezioni che sono sottese al testo.**

# Concezioni concorrenti

- **Tradizionalista:** tipica dell'ancien régime. La costituzione è tale perché è **opera della storia**, che ne ha dimostrato la superiorità. Si impone perché il tempo ne ha confermato la necessità: è patrimonio di una stirpe o è da tempo immemorabile legge che regola quella terra. La **consuetudine** è la prima *lex fundamentalis*, anche se *lex non scripta*: ove vi sia questa costituzione, la presenza di una *lex scripta* è mera individuazione di consuetudini già formate. Sono immutabili e sottratte alla volontà del Re: per essere modificate serve un lungo processo storico.
- Vi rientrano le leggi sulla **investitura (leggi fondamentali della monarchia francese)**, sulla successione del sovrano inglese.
- Non hanno superiorità formale, sono costituzioni storiche e stratificate

# Concezioni concorrenti (2)

- **Costituzioni della restaurazione:** la costituzione non può essere l'atto di volontà del costituente. Se così fosse, sarebbe un dato a-storico e "artificiale".
- Di solito deriva o trae legittimazione da Dio: ne evidenzia il carattere non transeunte, opposto a una volontà affidata a un testo scritto, che per natura è fragile.
- Anche dove la Costituzione è un atto solenne: è concessa dal sovrano (costituzione *octroyée*) o è pattuita tra assemblee rappresentative e sovrano.
- Non si chiamano formalmente costituzioni, ma "carte" (Francia 1814) "statuti" (Spagna 1834 e Piemonte 1848), o "leggi fondamentali" (Francia 1875): il concetto di costituzione è troppo compromesso perché evocatore della ideologia rivoluzionaria.

# Concezioni concorrenti (3)

- **costituzione positivista:**

È l'atto di volontà non del potere costituente, ma dello Stato, che è un'entità **anteriore alla stessa costituzione**.

È atto normativo, sovraordinato agli altri, contiene regole obbligatorie di organizzazione e comportamento.

**Si considera solo il testo della costituzione formale** e non considera fenomeni sociali, organizzativi, principi normativi pre-costituzionali, regole non formalizzate.

## Concezioni concorrenti (4)

- **Decisionista:** il soggetto costituente che darà una forma al proprio potere è un soggetto politico preesistente allo Stato e alla costituzione. È un soggetto politico che consegue l'unità politica perché è riuscito a imporsi sui concorrenti.
- **Normativista (Kelsen):** Norma fondamentale che condiziona la validità della quale discende la validità di tutti gli atti che ne discendono, compresa la costituzione.

# Concezioni concorrenti (5)

- **Costituzione materiale:** muove dalla insufficienza del dato formale a spiegare l'assetto complessivo della società, che viene riguardato mediante la **costituzione reale**, che dà forma ai rapporti fra le forze sociali, ma che può anche essere codificata.
- Tipico esempio: **costituzione bilancio** del diritto sovietico. documento che riflette la effettiva realtà storica e sociale e economica di una precisa fase storica dello sviluppo verso la dittatura del proletariato.
- Si afferma nel 1936 (VIII congresso dei soviet): tener conto dei progressi verso il socialismo e della linea generale politica tracciata dal programma di sviluppo del socialismo. Vi si deve adeguare la costituzione scritta: il programma riguarda l'avvenire, la costituzione il presente.

# Concezioni concorrenti (6)

- **Costituzione come tavola dei valori:** reazione ai regimi affermatasi fra le due guerre mondiali che avevano, da un lato, disconosciuto il valore della persona umana e, dall'altro, confermato la identificazione del diritto come forza.
- Lo Stato non può non tenere in considerazione valori che trascendono il diritto positivo: sono quelli che riguardano la persona umana e la sua dignità.
- Sono presupposti e principi etici della costituzione, che legittimano lo stato, ma che poi vengono assunti e trasformati in principi giuridici cogenti (Italia, Germania, Portogallo, Spagna).

# Come classificare le costituzioni

- Per “cicli”
- Per “modelli”
- Per caratteristiche formali e/o sostanziali
- Per modalità di formazione

# Costituzioni: studio per cicli ...

**È una classificazione in base al criterio temporale.**

- I cicli costituzionali classificano le costituzioni per **periodi storici**, poiché entro quella cornice temporale dette costituzioni sono riportabili:
  - a valori e obiettivi comuni;
  - a modelli esemplari, che hanno condizionato le singole esperienze costituzionali
- Costituzioni rivoluzionarie settecentesche (USA, Francia)
- Costituzioni napoleoniche
- Costituzioni della Restaurazione (Stati tedeschi dal 1815). **Non comportano necessariamente a un ripristino della monarchia assoluta. Anche forme di monarchia limitata (Svezia: 1809-1974; Francia 1814).**
- Costituzioni liberali (Francia 1830, Belgio 1831, Statuto albertino e Impero austriaco 1848, Prussia 1850, Giappone 1889).
- Costituzioni democratiche razionalizzate (Weimar e Finlandia 1919, Austria 1920).
- Costituzioni liberal-democratiche (dopo la seconda guerra mondiale).

# ... e per modelli

- **Si proiettano nel tempo, al di là dei cicli costituzionali. Diventano oggetto di circolazione e di recezione.**
- **USA:** è il modello delle costituzioni liberali (per fini e principi); delle costituzioni latinoamericane (per forma di governo presidenziale: Cile 1818, Messico 1824, Uruguay 1830, Corea del Sud 1987, Indonesia 1945); degli stati federali (Svizzera 1848, 1874, 1900, Australia 1900, Argentina 1853, Brasile 1891, Messico 1917, Nigeria 1960, India 1950, Malesia 1957 e 1963);
- **Francia** (tutte le costituzioni succedutesi dal 1789 al 1958): hanno influenzato le costituzioni francesi successive e di altri Stati (es.: Cadice 1812 Norvegia 1814 sono influenzate dalla Cost. 1791); hanno messo in circolo principi e idee nuove (Cost. 1793: democrazia diretta, diritti sociali, influenza Messico 1917 e Weimar 1919 – Cost. 1795: forma di governo direttoriale influenza quelle svizzere).
- **Costituzioni Francese (1830) e Belga (1831):** monarchia costituzionale sovranità della nazione. Influenzano Italia 1848, Prussia 1850, Giappone 1889.
- **Costituzioni razionalizzate:** mirano alla stabilità dell'esecutivo (Weimar 1919, Austria 1920, Spagna 1931). Dopo la seconda guerra mondiale introducono i diritti sociali ed economici, la garanzia delle autonomie, il controllo di costituzionalità (Francia 1946 e 1958, Italia 1948, Germania 1949, Giappone 1946, Danimarca 1953, Svezia 1974, Grecia 1975, Portogallo 1976, Spagna 1978, Est Europa dal 1990).
- **Costituzione consuetudinaria inglese:** ha influenzato Australia, Nuova Zelanda, Canada, Sudafrica, India, Giamaica 1962, Trinidad e Tobago 1962.
- **Sovietiche:** mirano alla realizzazione della società comunista. Dopo prima guerra mondiale: URSS 1918, 1924, 1936, 1977. Dopo seconda guerra mondiale (anche per vittoria URSS e aree di influenza: Paesi europei orientali, Cina 1954, Mongolia 1940). Destalinizzazione (1956): solo affioramento esigenze nazionali (Romania 1965, RDT 1968 e 1974, Cecoslovacchia 1968, Polonia 1976 e 1983, Cina 1975, 1978, 1982, ecc.) salvo in Jugoslavia (1953, 1963, 1974).
- **Autoritarie:** Portogallo (1933) e Spagna (Sette leggi fondamentali).
- **Islamiche:** soluzioni organizzative per adottare i modelli occidentali (forme di governo presidenziali, liberali, sociali) all'islam (Pakistan 1956 1962, Somalia 1960) o del tutto improntate a islam (Iran 1979).

# Il potere costituente

- La costituzione non si basa su una norma preesistente che legittima l'esercizio del potere costituente, ma solo su di una volontà politica dotata di particolare forza, in virtù di situazioni storiche e/o su rapporti di fatto esistenti in un determinato Paese.
- È un potere originario: si legittima in via di fatto, trarre da sé la propria legittimazione. E ciò, anche quando una costituzione sia adottata dal potere costituente medesimo nel formale rispetto delle procedure stabilite nel precedente ordinamento costituzionale (il sovrano assoluto che concede una costituzione con la quale limita il proprio potere; la transizione da un regime autoritario seguendo i procedimenti ivi previsti per mutare le norme di carattere costituzionale, ecc.).

# Potere costituito

- Dopo l'esaurimento del potere costituente, l'affermazione di un nuovo ordinamento e l'entrata in vigore della costituzione, non si danno più organi che adottano decisioni liberamente, in forme non prestabilite e si legittimano in via di fatto.
- Ogni decisione è, cioè, frutto del potere costituito: di un potere che opera seguendo le indicazioni e le procedure date dal potere costituente e da questo affidate alla costituzione.

# Costituzioni storiche

- **Recessive (oggi per lo più scritte come atto di volontà e non come esito di stratificazioni normative succedutesi nei secoli)** hanno avuto importanza nel passato e in alcuni casi oggi (UK, Canada per preambolo, Nuova Zelanda).
- Discendono dalle elaborazioni consuetudinarie: idea che vi siano principi non transeunti, e anzi inviolabili, che sono superiori perché sono **opera della storia**
- Formazione della “costituzione” inglese: già nel Medioevo la costituzione consuetudinaria **nasce dal ripetersi e dal consolidarsi di usi e tradizioni che ad un certo punto sono sentiti come vincolanti e si amalgamano con altri atti (leggi, ordinanze, ecc.)**. Il diritto consuetudinario (*common law come law of the land*) è la prima fonte del diritto che si afferma, la prima vera legge fondamentale.
- È un processo lento, facilitato dal fatto che, grazie alla centralizzazione delle funzioni giurisdizionali e la loro separazione dalla *curia regis*, questo diritto molto presto si affrancò anche dallo stesso re e viene ad assumere quei caratteri di tecnicismo e di imparzialità che gli consentirono di sopravvivere. **La pratica delle corti centrali è vista come consuetudine del regno.**
- Elaborazione complessa di limiti al potere regio che utilizza le risorse di un diritto consuetudinario a forte radicamento nella società, per giungere ad affermare che il Re è sottoposto a Dio e alle leggi che lo fanno sovrano. Subordinazione del potere politico, dei governanti, al diritto, alla *lex terrae*: Glanvill, Bracton (*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege quia lex facit legem*).
- Dal 1689 assistiamo alla circostanza che tali atti di rango materialmente costituzionale sono leggi del Parlamento. È l’esito della lunga battaglia fino all’affermazione della sovranità del Parlamento: che diventa l’organo supremo (corporation King in Parliament), e la monarchia uno dei tanti organi. il parlamento si converte nel potere sovrano perché è consentito.

# In base al potere (1)

- **popolari (potere costituente esercitato dal popolo):** di solito è una Assemblea costituente, democraticamente formata, organo straordinario chiamato a fissare i principi fondamentali di un ordinamento approvando la costituzione. Può essere istituito appositamente (Cost. francesi 1848, 1870; Germania 1918, Nepal 2006, Italia 1946); può essere un organo del precedente ordinamento (Francia 1789 (Stati generali), Norvegia 1814; Spagna 1978) o intermedio (Austria, 1918).
- **concesse (ottriate):** si intendono quelle che sono frutto di un'autolimitazione del Sovrano, che concede la "costituzione", la quale quindi formalmente costituisce espressione del potere costituente di quest'ultimo anche se dietro vi sono pressioni popolari e comunque influssi dell'opinione pubblica, sicché non nascono da una attività del tutto spontanea del Sovrano, che la concede e da potere costituente diventa organo del potere costituito (Statuto Albertino 1848, Principato di Monaco 1911 e 1962, Swaziland 2003).
- **Pattizie:** frutto di un accordo tra Re e Assemblea (Svezia 1809, Francia 1830, Prussia 1850).
- **Plebiscitarie:** costituzioni approvate dal popolo con un plebiscito: provengono da un potere non direttamente rappresentativo del popolo, con carenza di dibattito democratico e di alternativa, per cui la consultazione popolare è ampiamente condizionata. Si possono ricordare, oltre alle costituzioni del 1799, del 1802 (o appunto del Consolato a vita), del 1804 (o dell'Impero), la costituzione di Luigi Bonaparte del 1852 (qui il plebiscito fu preventivo: il futuro Imperatore Luigi Bonaparte chiese ai cittadini di delegargli i poteri necessari per la redazione di una costituzione sulla base dei principi enunciati nel proclama sottoposto a plebiscito), la costituzione di Napoleone III del 1870, la costituzione portoghese del 1933, quella greca del 1968, quella argentina del 1976, dell'Iran del 1979, del Cile del 1980.

# In base al potere (2)

- **Imposte dall'esterno:** la costituzione è data da un **ordinamento esterno**, e ciò avviene a seguito di **eventi bellici** o in correlazione con la concessione di **indipendenza** (la quale concessione viene per così dire abbinata con la dichiarazione di indipendenza): Giappone 1946, Germania 1949, Albania 1998, Iraq 2005, Afghanistan 2004.
- **Accordi internazionali:** caso classico è quello della costituzione di Cipro, redatta sulla scorta di un Trattato intercorso tra Gran Bretagna, Grecia e Turchia e della Bosnia Erzegovina. Ove poi si qualifichi il *Constitutional Framework* del Kosovo una carta costituzionale, può rilevarsi come anch'esso sia nato per effetto diretto dell'adozione di strumenti giuridici internazionali, rappresentati, nel caso di specie, dalla Risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1244 (1999).
- **Condizionate:** si tratta di quelle ipotesi in cui la libertà del potere costituente non è illimitata ma è, invece, condizionata da accordi internazionali: ad es. la costituzione di Weimar del 1919 doveva tener conto dei vincoli imposti dal Trattato di Versailles.